

A teoria da perda de uma chance e sua aplicação no direito brasileiro

Glenda Gonçalves Gondim

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil da Universidade Positivo. Advogada.

Resumo:

O objetivo do presente artigo é analisar a teoria da perda de uma chance através do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Declaração opostos no Agravo Regimental em Agravo Interno n.º 1.196.957, no qual foi reparada a probabilidade em obter uma vantagem, mas não o resultado final, que incerto não pode ser reparado. Na teoria da perda de uma chance devem ser analisadas as probabilidades existentes, o nexo causal entre a conduta e a probabilidade, bem como o valor a ser reparado, para que exista a sua correta aplicação.

Palavras chave: Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. Reparação. Probabilidade. STJ. *EDcl no AgRg no AgIn n.º 1.196.957/DF*

Abstract:

The purpose of this article is to analyse the theory of loss of a chance in the decision of the Brazilian supreme court of appeal in the appeal n.º 1.196.957, that's applied the reparation of the probability of obtain a gain, and not the final result that is uncertain and couldn't be repaired. In the theory of loss of a chance must be analysed the probabilities, the causality between the probability and the conduct, as the value of the reparation, to occur the correct application of this theory.

Key words: Civil liability. Theory of loss of a chance. Reparation. Probabilities.

Sumário

A) Acórdão

B) Comentário

No âmbito do instituto da responsabilidade civil, a jurisprudência ocupa importante papel na vinculação das necessidades sociais ao Direito. Dentro desta realidade, foram as decisões judiciais que criaram e desenvolveram, no decorrer dos anos, a teoria da perda de uma chance, objeto do presente estudo.

No direito brasileiro, não foi diferente, o estudo da teoria iniciou na jurisprudência, cuja primeira aplicação foi realizada no ano de 1991, em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹.

Passados quatorze anos da sua primeira adoção nos tribunais brasileiros, a teoria da perda de uma chance recebeu maior notoriedade no âmbito doutrinário brasileiro quando o Superior Tribunal de Justiça realizou o julgamento do comumente denominado “caso do Show do Milhão”², no qual foi condenado o programa televisivo que retirou a chance da candidata obter a premiação total que somava um milhão de reais (por isso a denominação do show).

Em razão da criação e desenvolvimento da teoria da perda de uma chance dentro da seara das decisões judiciais, que moldam e estudam a aludida teoria, nada mais justificável estudar os seus elementos, a partir da própria jurisprudência.

No presente estudo, objetiva-se analisar a teoria da perda de uma chance e sua aplicação em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em 10 de abril de 2012. No aludido processo, em primeira instância, a autora/recorrente pleiteia indenização por danos materiais e morais decorrentes da não participação em concurso, no qual seria realizado o sorteio de uma casa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Em Embargos de Declaração opostos no Agravo Regimental em Agravo Interno n.º 1.196.957, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça aplicou a

¹ “Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado é de indenização por perda de uma chance” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 589069996**. Quinta Câmara Cível. Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 788.459**. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br

teoria da perda de uma chance e condenou o supermercado, que teria impedido a participação ao sorteio, em 1/30 do valor da casa que seria sorteada em favor da autora/recorrente da demanda judicial.

Os demais pedidos reparatórios foram afastados, especialmente os danos materiais. Não que seja impossível a cumulação de pedidos de danos materiais fundados em uma vantagem esperada e que não foi obtida, bem como a teoria da perda de uma chance, mas é que no caso em discussão, o resultado final está eivado do vício da incerteza, o que impede a sua reparação, devendo ser reparada apenas a probabilidade perdida.

Com efeito, um dos requisitos primordiais da responsabilidade civil é que o dano a ser reparado seja certo e atual. Caso contrário, não há que se falar em dano e conseqüentemente não há o que ser reparado. A partir desta definição, muito se discutiu acerca da teoria da perda de uma chance, que até pouco tempo atrás era considerada pela doutrina manualística como um “dano” presente em uma zona gris, o qual não estaria no campo da total certeza da sua existência, assim como não estaria totalmente na incerteza que lhe acarretasse a impossibilidade da sua reparação.

A verdade é que a análise da teoria da perda de uma chance a partir de tal definição não é a ideal e não corresponde ao posicionamento que vem sendo adotado pelos tribunais pátrios. Isto porque, a perda de uma chance é um dano específico, o qual será certo e atual.

Explica-se. No caso do sorteio sobre o qual não participou a autora/recorrente, o Superior Tribunal de Justiça acertadamente afastou o dano que era incerto, qual seja, o valor da casa a ser sorteada, reparando apenas a probabilidade que existia em receber a premiação final. Probabilidade esta que era certa, atual e auferível estatisticamente.

Assim, não há que se falar em uma zona gris, mas sim em uma probabilidade certa e atual, diferente da vantagem que se esperava. Destarte, existe sim certeza quando se aplica a teoria da perda de uma chance, certeza esta que reside na probabilidade, apesar da equivocada denominação de “chance” adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que revela uma tradução literal da palavra francesa e que não é a forma mais adequada para estudo da teoria.

Como se trata de reparar a probabilidade perdida, a qual será certa e atual, é possível aplicar a teoria no ordenamento jurídico pátrio, desde que comprovadas tais probabilidades.

As probabilidades reparáveis podem advir, de forma ampla, de duas situações, seja pela impossibilidade em se obter uma vantagem esperada, como no caso em discussão, seja pelo não impedimento da ocorrência de um prejuízo.

O acórdão em análise encontra-se no primeiro caso, sendo necessário averiguar quais eram as probabilidades de se obter o resultado favorável, acaso as condutas do ofensor tivessem ocorrido adequadamente. Isto porque, existe um desencadeamento de fatos que foram interrompidos pela conduta do ofensor.

Com efeito, existiriam sorteios a serem realizados cujo resultado final seria o possível ganho de uma casa. De acordo com as informações constantes do regulamento do sorteio, primeiramente, seriam sorteados novecentos vales-compras de R\$ 100,00 (cem reais) cada, sendo que aqueles que obtivessem êxito ao receber o primeiro prêmio poderiam participar da segunda fase, que seria o sorteio de trinta casas, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) cada. Destarte, apenas os novecentos sorteados na primeira fase estariam aptos a concorrer as trinta casas.

A autora/recorrente obteve êxito na primeira fase do concurso, todavia, ao receber o vale-compra correspondente, não foi comunicada que poderia participar da segunda fase, na verdade, o segundo sorteio já havia ocorrido.

Se a concorrente tivesse conhecimento das regras do concurso, sendo comunicada de que poderia participar da segunda fase antes que essa tivesse ocorrido, existiria uma probabilidade de ganho. Todavia, em razão da conduta do recorrido, foi retirada a probabilidade em obter tal vantagem, não concorrendo a demandante a uma das trinta casas.

Por isso tão correto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, visto que não pode ser reparado o resultado final, isto é, não é possível reparar o valor da casa que seria sorteada, pois não se sabe se a autora ganharia ou não o sorteio, e nunca se saberá, em razão da equivocada conduta do recorrido. Contudo, é possível afirmar que existia uma probabilidade de ganho, acaso os fatos tivessem se desenvolvido naturalmente e não tivesse o supermercado obstado a chance da autora em participar corretamente do concurso.

Por isso, a probabilidade é certa e “*incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado*”³. Sendo a probabilidade certa, o dano é certo em si mesmo⁴ com caráter de certeza⁵.

Assim, o dano a ser reparado é a probabilidade e não o resultado final que se desejava. Consequentemente, o nexos de causalidade será analisado a partir da probabilidade e da conduta do agente. Na decisão em análise, será verificada a conduta do supermercado que não comunicou aos sorteados da primeira fase que esses poderiam concorrer à segunda fase (ou não aguardou a comunicação a todos os participantes que ganharam os vales-compras antes de realizar o segundo sorteio) e a probabilidade de obter a vantagem esperada no momento de tal comunicação não realizada.

A configuração do liame causal entre a probabilidade e a conduta adotada (seja conduta culposa – responsabilidade subjetiva ou conduta de risco – responsabilidade objetiva) nem sempre é tarefa fácil. No acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, resta bem configurada a causalidade através dos dados estatísticos que estavam presentes, pois com a adequada conduta do ofensor, permitindo aos que foram sorteados no primeiro sorteio a participarem do segundo, existia uma probabilidade de 1/30 da autora ser sorteada e ganhar a casa de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Repita-se que, como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não é possível condenar a reparação do pagamento da casa, mas sim a probabilidade que existia para a autora ganha-la, no momento em que ocorreu a conduta culposa do supermercado e interrompeu o desencadeamento de fatos que estava a ocorrer. Isto porque, ao receber a autora/recorrente o primeiro prêmio, ela teria a possibilidade de concorrer ao segundo prêmio, portanto, sem dúvidas, existia uma probabilidade, estaticamente avaliada.

³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil, 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 672.

⁴ Afirma Yves CHARTIER que: “(...) la perte d'une chance constitue par elle-même un préjudice”. Tradução livre: a perda de uma chance constitui ela mesma um prejuízo. (CHARTIER, Yves. **La réparation du préjudice**: dans la responsabilité civile. Paris: Dalloz, 1983, p. 30)

No mesmo sentido, Gerard MÉMETEAU: “(...) la perte d'une chance est un dommage réparable”. MÉMETEAU, Gerard. **Le droit médical**. Paris: Litec, 1985, p. 520). Tradução livre: a perda de uma chance é um dano reparável.

⁵ BENUCCI, Eduardo Bonasi. BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilidad civil**. Traducción Juan V. Fuentes Lojo e José Peré Raluy. Barcelo: José M^a Bosch, 1958, p. 46.

Como na segunda fase do concurso, 900 (novecentas) pessoas concorriam ao prêmio de 30 (trinta) casas, cada um daqueles que foram sorteados na primeira fase concorreriam entre si para trinta prêmios e por isso, existia uma probabilidade de uma em trinta de ser premiado, sendo esta uma probabilidade plausível.

Desta forma, presente o nexo de causalidade entre a conduta do supermercado e vantagem perdida, a probabilidade certa e atual em obter a vantagem esperada, deve haver reparação pela teoria da perda de uma chance, eis que é notório que a autora/recorrente não concorreu ao prêmio por conduta do supermercado que lhe retirou tal probabilidade.

Ademais, além de certa e atual a probabilidade da autora/recorrente em obter a vantagem esperada, cuja cadeia foi interrompida pela conduta do ofensor, deve ser analisado se tal percentual é significativo para o direito, para concluir sobre a sua reparabilidade.

Alguns doutrinadores defendiam que tal percentual deveria ser de 50% (cinquenta por cento) para que a probabilidade fosse reparável, todavia, tal critério foi abandonado há muito, ante a impossibilidade de ser verificado precisamente o percentual estatístico em obter a vantagem ou obstar o prejuízo, na maioria dos casos. Por tal razão, o que se existe é a relevância jurídica, para que possa ser reparada.

No caso, constatada a probabilidade real da autora/recorrente em obtenção do prêmio final, acaso fossem adotadas todas as condutas corretas pelo recorrido, verifica-se que a probabilidade existente era de um entre trinta de ser sorteada e ganhar a casa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Percentual que não é superior a 50% (cinquenta por cento), mas com certeza, não pode ser ignorado pelo Direito e por isso enseja reparação.

Após analisar a certeza, atualidade e seriedade da probabilidade, é possível afirmar que essa deve ser reparada e para reparar, passa-se ao segundo passo, que é averiguar o *quantum* indenizatório.

Como o resultado final é incerto e o que será reparado é a probabilidade, a indenização mede-se exatamente por essa chance perdida, ou seja, não poderá ser equivalente a vantagem que se esperava obter, pois essa é incerta e incerteza não pode ser indenizada, sendo medida, portanto, pelo percentual de probabilidade.

Correto, desta maneira, o valor apurado pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que a casa avaliada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) era o prêmio final, o qual não foi obtido e não é possível saber se o seria, ou seja, é incerto e não reparável. Por outro lado, certa e reparável a probabilidade de 1/30 em obter tal resultado final de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

A análise da probabilidade, diante disso, é importante não apenas para prever a existência da probabilidade, verificando se a mesma existe é seria e real, e conseqüentemente reparável, mas também para apurar o seu *quantum*.

Feitas tais considerações, verifica-se que mais uma vez a jurisprudência demonstra a sua adequação e conhecimento na aplicação da teoria da perda da probabilidade em obter uma vantagem esperada, eis que todos os requisitos e pressupostos da teoria foram adequadamente analisados pelo Superior Tribunal de Justiça no caso em análise.